



REPUBBLICA ITALIANA

N.3494/07 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.1962 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione ANNO 2007
Terza, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1962/2007, Sezione III, e connessi motivi aggiunti depositati il 2.11.2007, proposto da A.N.C.E. Trapani (Sindacato delle Imprese Edili e Affini della Provincia di Trapani), con sede in Trapani, in persona del Presidente e legale rappresentante pro-tempore, Dott. Pietro Funaro, rappresentato e difeso dall'Avv. Piero Di Pasquale ed elettivamente domiciliato in Palermo, presso lo studio dell'Avv. Antonio Gambino, nel Piazzale Ungheria n. 84;

contro

la Provincia Regionale di Trapani, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Diego Maggio, Antonino Barbiera, M. Stella Porretto ed Emilio Candore, elettivamente domiciliato in Palermo, Via Sciuti n. 55, presso lo studio dell'Avv. Franco Giordano;

per l'annullamento, previa sospensione,

A) quanto al ricorso introduttivo:

- del bando di gara per i "lavori di rifacimento prospetti ed altri interventi di manutenzione straordinaria. Istituto Tecnico Commerciale di Alcamo. Importo complessivo dell'appalto (compresi oneri per la sicurezza): E 261.636,46 (gara da

espletarsi in data 31.10.2007)”, nella parte in cui, al disciplinare di gara:

al punto 8) si stabilisce che, a parità di ribasso, avranno titolo di preferenza le imprese che si siano impegnate “... ad effettuare la commessa di forniture, nella misura di almeno il 30% dell'intero fabbisogno necessario, in favore di quelle imprese presenti nella Provincia di Trapani, sottoposte a sequestro penale preventivo e confiscate a seguito di applicazione di misure di prevenzione patrimoniale da parte del Tribunale su proposta del Procuratore o del Questore, ai sensi della Legge n. 567/1965 e successive modifiche, operanti nel settore della produzione di conglomerati e vendita di materiale edile ...”;

al punto 8) lett. r) stabilisce che la ditta partecipante deve indicare le ditte di cui intende avvalersi in caso di subappalto pena il diniego della relativa autorizzazione al subappalto o nolo e con la specificazione che “Nell'ipotesi che sopravvengano cause che impediscano il subappalto con ciascuna delle ditte indicate, ciò sarà causa di risoluzione del contratto, salvo che la ditta aggiudicataria non provveda in proprio senza avvalersi di alcun subappalto”;

al punto 3) pag. 7, attribuisce, “... in violazione della normativa vigente, al DURC, validità di 4 mesi a partire dal rilascio”;

- “di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali”;

B) quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della delibera della Giunta Provinciale n. 66 del 13.2.2007;

- della delibera della Giunta Provinciale n. 132 del 26.3.2007;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso.

Visti il ricorso, i relativi allegati ed i connessi motivi aggiunti;
Visti l'atto di costituzione in giudizio della Provincia regionale
intimata e le relative difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Designato relatore il Cons. Calogero Ferlisi;
Uditi, alla pubblica udienza del 5 dicembre 2007, i difensori
delle parti come da verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, l'A.N.C.E. Trapani (Sindacato delle Imprese Edili e Affini della Provincia di Trapani), impugna i provvedimenti di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, vinte le spese, deducendo:

I) Violazione e falsa applicazione dei principi in materia di selezione del contraente; eccesso di potere; sviamento; violazione di legge: procedura di aggiudicazione, art. 21, “comma 1-bis 3” della L.109/94, coordinato con le norme recate dall'articolo 1 della legge regionale 21/8/07 n. 20; violazione dell'art. 19, comma 12 bis, della L. 109/94, coordinato con le norme recate dall'articolo 1 della legge regionale 21/8/07 n. 20; violazione del “Punto n. 2) del Bando di Gara”; violazione del “Punto n. 16) lett. f) del Bando di Gara”; violazione degli artt. 117 e 118 della Costituzione; violazione dell'art. 12, comma 2, e dell'art. 14 lett. g) dello Statuto della Regione Siciliana; “violazione del Punto 16) lett. p) del Bando di Gara”; violazione dell'art. 18 della Legge n. 55/1990; violazione dell'art. 118 del D.Lgs n. 163 del 12.4.2006 Codice degli Appalti; violazione

della Circolare dell'Assessorato Regionale LL.PP. n. 593/2006 (c.d. Protocollo di Legalità).

Assume, in concreto, che le clausole impugnate sarebbero “in aperto contrasto con lo stesso bando e la normativa ivi richiamata”, in quanto:

- “la materia della scelta dell'aggiudicatario, in caso di pluralità di migliori offerte tra loro uguali, è puntualmente regolata dalla legislazione regionale (art. 1, comma 6, ult. inciso, della L.R. 29.11.05 n. 16, che ha modificato l'art. 21 della legge 11.2.1994 n. 109 come introdotto dalla L.R. 2.8.02 n. 7: ossia tramite il sorteggio delle offerte di uguale ribasso);
- la clausola introdotta al punto 8), lett. r), del disciplinare di gara, in tema di dichiarazioni relative al subappalto, non troverebbe “riscontro in alcuna previsione normativa”, neanche nella circolare Ass.le n. 593/2006 richiamata nel bando.

Infine, sarebbe parimenti illegittima la clausola di cui al punto 3) del disciplinare di gara laddove si attribuisce una “... validità di 4 mesi dal rilascio al DURC, documento unico di regolarità contributiva che, a norma dell'art. 19 12 bis L.109/94, modificato ed integrato dalla legge regionale n. 20/07, ha invece validità trimestrale”.

2. Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, la Provincia Regionale di Trapani intimata, che, con rituale controricorso, ne chiede la reiezione con ogni conseguente statuizione sulle spese.

In particolare la Provincia:

- eccepisce l'inammissibilità ricorso introduttivo per omessa impugnazione delle delibere della Giunta Provinciale n. 66 del

13.2.07 e n. 132 del 26.3.07;

- eccepisce l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva in capo alla ricorrente.

Quanto al merito:

- evidenzia che la clausola relativa alla durata trimestrale del DURC (oggetto di impugnazione) è stata rimossa, nelle more del giudizio, con det. dirig.le n. 142 del 15.10.2007;

- richiama, per il resto, il "protocollo di legalità" di cui alla Circ. Ass. Reg.le LL.PP. n. 593 del 31 gennaio 2006, nonché la delibera del Consiglio Prov.le del 14.4.2005 ed i suggerimenti del Prefetto di cui alla nota 14.1.2006

3. All'udienza camerale del 15 ottobre 2007, l'esame dell'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati è stato rinviato al merito su richiesta del procuratore della ricorrente.

4. Con atto depositato in data 2 novembre 2007 (ritualmente notificato alla Provincia resistente) l'A.N.C.E. ha proposto ricorso per motivi aggiunti avverso le citate delibere Giunta Provinciale n. 66 del 13.2.07 e n. 132 del 26.3.07, deducendo i medesimi motivi di censura sopra indicati.

5. Con controricorso ai motivi aggiunti, la Provincia resistente ha sollevato l'eccezione di irricevibilità dei predetti motivi aggiunti, assumendo, quale "dies a quo", per l'impugnazione delle predette delibere, la data di pubblicazione delle stesse all'albo della Provincia.

6. Con memoria depositata il 23 novembre 2007, il ricorrente (dando per implicito il sopravvenuto venir meno della clausola relativa alla durata del DURC) ha insistito per l'accoglimento del

gravame relativamente alle clausole di cui al punto 8 del disciplinare: sia di quella relativa al ricordato criterio di preferenza; sia di quella relativa alla innovativa dichiarazione richiesta alle imprese circa il subappalto.

7. Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2007, presenti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Va esaminata in primo luogo l'eccezione di difetto di legittimazione dell'A.N.C.E. sollevata dalla Provincia resistente. L'eccezione non è condivisibile.

E' principio pacifico, in giurisprudenza che gli enti esponenziali sono legittimati a difendere in sede giurisdizionale gli interessi della categoria rappresentata, non solo quando si tratti di violazione di norme poste a tutela di tali soggetti, ma anche ogni qualvolta si tratti di perseguire comunque il conseguimento di vantaggi, sia pure di carattere puramente strumentale, giuridicamente riferibili alla sfera della categoria, con l'unico limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni concernenti i singoli iscritti e di quelle relative ad attività estranee ai compiti dell'ente (cfr., in tema di Ordini professionali, Cons. St., Sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 391; idem T.A.R. Veneto, Venezia, 25 novembre 2003, n. 5909). Di tal che la legittimazione di tali enti non può essere esclusa da un ipotetico conflitto di interessi tra essi e i singoli iscritti eventualmente beneficiari dell'atto impugnato, atteso che la sussistenza di un potenziale conflitto di interessi, per essere idoneo ad escludere la legittimazione dell'ente, va valutato in astratto, essendo all'uopo insufficiente la

circostanza, meramente eventuale e giuridicamente insignificante, che alcuni rappresentati possano beneficiare del provvedimento che l'ente, viceversa, assume lesivo dell'interesse istituzionalizzato di categoria (Cons. St., Sez. V, 3 giugno 1996, n. 624).

In applicazione di tale principio, ad esempio, sono stati ritenuti legittimati:

- un Ordine degli architetti a perseguire giudizialmente l'osservanza di prescrizioni a garanzia della partecipazione di tutti gli associati alle procedure selettive per l'affidamento di incarichi di progettazione, nonostante fosse stato avvantaggiato un singolo associato (Cons. St., Sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339);
- una organizzazione rappresentativa delle imprese operanti nel settore della grande distribuzione, al fine di contrastare l'introduzione nella disciplina di programmazione di elementi modificativi della normativa di settore, tali da alterare, in senso pregiudizievole per gli stessi associati, il rapporto concorrenziale con altri operatori economici (Cons. St., Sez. IV, 30 luglio 1996, n. 924).

In sostanza, come perspicuamente chiarito dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con decisione n. 2281 del 21 aprile 2004:

- la funzione delle associazioni di categoria è quella di tutelare nel loro complesso gli interessi unitari dei soggetti che di esse fanno parte, con la conseguenza che, ricorrendo la detta condizione, deve riconoscersi la loro legittimazione a proporre ricorso giurisdizionale contro atti o provvedimenti lesivi dei suddetti interessi;

- parimenti tale legittimazione è da escludere quando l'associazione insorga in giudizio per far valere gli interessi solo di una parte dei suoi componenti e trascurando quelli, eventualmente di segno contrario, che fanno capo agli altri.

Orbene, nel caso di specie non sembra al Collegio ricorra quest'ultima ipotesi, in quanto l'Associazione ricorrente, rappresentativa degli interessi delle imprese edili della Provincia di Trapani, impugna le clausole del bando di cui in epigrafe nell'evidente interesse collettivo della categoria rappresentata volto a far sì che le pubbliche gare di appalto si svolgano secondo regole certe e predeterminate dalla legge e - quel che più rileva - senza "trattamenti" preferenziali tali da alterare la "par condicio" delle imprese ed il loro libero confronto concorrenziale.

Per le ragioni predette dev'essere parimenti respinta l'eccezione della Provincia resistente circa l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse dell'A.N.C.E., dato che l'interesse della stessa è il medesimo evidenziato interesse (collettivo ed unitario) della categoria rappresentata, che, come già detto, aspira alla indizione di procedimenti di gara d'appalto improntate al pari trattamento di tutte le imprese in competizione ed al rispetto degli istituti direttamente e compiutamente normati dalla legge.

2. La Provincia resistente eccepisce, altresì, l'inammissibilità del ricorso introduttivo e correlativamente la tardività del ricorso per motivi aggiunti in relazione alle delibere della Giunta Provinciale n. 66 del 13.2.07 e n. 132 del 26.3.07.

Anche tali eccezioni appaiono infondate, in quanto la lesione in

capo all'Associazione ricorrente si è determinata nel momento in cui è stato pubblicato il bando di gara, ossia allorché l'astratta volontà della Giunta provinciale di aggiungere nei futuri bandi di gara ulteriori (e non specificate) clausole rispetto a quelle previste nel c.d. "Protocollo di legalità" (di cui alla Circolare n. 593/2006 dell'Assessore regionale LL.PP. della Regione siciliana) si è estrinsecata nel bando, atto finale ed a rilevanza esterna, nel quale le clausole aggiuntive in argomento sono state concretamente individuate. Né le delibere "de quibus" sono citate in tale bando, sicché esse risultano tempestivamente impugnate dalla ricorrente Associazione con la proposizione del ricorso per motivi aggiunti depositato il 2 novembre 2007 previamente notificato alla controparte nei sessanta giorni successivi alla conoscenza che ne ha avuto a seguito della loro produzione in giudizio (18 ottobre 2007) da parte dell'Amministrazione resistente.

3. Nel merito, il ricorso (con i connessi motivi aggiunti) appare fondato.

La Regione siciliana ha sottoscritto in data 12 luglio 2005 apposito Protocollo di legalità con il Ministero dell'interno, con l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con le Prefetture della Sicilia, con l'INPS e l'INAIL. Ciò a seguito dell'Accordo di programma quadro c.d. "Carlo Alberto dalla Chiesa", stipulato in data 30 settembre 2003, tra il Ministero dell'interno, il Ministero dell'economia e della finanza e la Regione siciliana.

Col detto "Protocollo di legalità", quest'ultima si è impegnata ad emanare direttive affinché nei bandi di gara siano inserite

particolari clausole c.d. “di autotutela” specificatamente indicate nel medesimo Protocollo.

Le direttive concernenti l’attuazione dell’impegno della Regione sono contenute nella circolare n. 593 del 31 gennaio 2006, dell’Assessorato regionale LL.PP., nella quale si evidenzia, opportunamente, che le clausole predette mirano alla “... applicazione di procedure non ancora previste dalla normativa sui lavori pubblici e non in contrasto con la stessa” e ciò in relazione alla ivi richiamata giurisprudenza amministrativa secondo la quale:

- è consentito alle stazioni appaltanti “di inserire le clausole di autotutela nei bandi di gara, finalizzate a prevenire i fenomeni di devianza e di vulnerazione dei principi di concorrenza «sostanziale» e trasparenza (Cons. St., dec. n. 5903 del 30 novembre 2000);
- tale potere “può ben trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse che, in presenza di significativi indici sostanziali di collegamento rilevabili dall'andamento delle offerte, legittimano l’annullamento della gara (C.g.a. ord.za n. 409 del 6 maggio 2004).
- il c.d. “Patto d'integrità contiene regole conformi a principi già considerati dall'ordinamento e già assistiti da responsabilità patrimoniale, quali la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali” (Consiglio di Stato, Sez. V, dec. n. 1258/2005).

La circolare assessoriale n. 593 cit. evidenzia inoltre che:

- “... l'art. 90, comma 8, del D.P.R. n. 554/99 consente all'amministrazione aggiudicatrice di sospendere la procedura di

gara prima o dopo l'apertura delle offerte economiche”;

- “con determinazione n. 14/2003, l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici ha chiarito che le stazioni appaltanti possono inserire nei bandi di gara, anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all'adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, espressa clausola di divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara, clausola che estrinseca una più puntuale definizione del principio di segretezza delle offerte, nel rispetto dell'art. 1, comma 1, della legge n. 109/94”.

E', dunque, nel diritto vivente che la P.A. abbia la facoltà di inserire nei bandi di gara clausole e prescrizioni ulteriori rispetto a quanto previsto dalla legge o da altre fonti sopraordinate, ma tale potere incontra un limite di natura oggettiva, costituito dall'ambito “*praeter legem*” entro cui integrare il bando ed un limite funzionale inerente al rispetto della ragionevolezza e dell'interesse pubblico a non restringere arbitrariamente il confronto concorrenziale tra le imprese presenti sul mercato (se non altro perché il fine che ispira il procedimento di gara volto all'affidamento dei pubblici appalti è proprio il massimo del confronto concorrenziale).

Nella specie, le clausole in contestazione non solo non trovano alcun riscontro diretto od indiretto con le sei clausole espressamente riportate nella circolare assessoriale n. 593/2006, ma non sembrano nemmeno riconducibili a scelte discrezionali, “*praeter legem*”, della P.A., dato che esse intervengono su profili

che risultano già puntualmente regolamentati dalla disciplina di rango legislativo. In particolare:

A) Quanto alla clausola di cui al punto 8 del disciplinare, che attribuisce la preferenza, a parità di ribasso, alle imprese che riservino il 30% almeno delle forniture a favore di imprese insediate nella Provincia di Trapani, sequestrate o confiscate, o sottoposte ad amm.ne controllata dello Stato, per ragioni di natura penale, va solo detto che la questione della scelta dell'aggiudicatario in presenza di più offerte di pari ribasso, risulta normata dal Legislatore siciliano, prima con l'art. 1, comma 6, L.r. 29 novembre 2005, n. 16 (secondo il quale "Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede immediatamente al sorteggio") e poi con l'art. 11 della L.r. 20/2007 (secondo il quale "Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede esclusivamente al sorteggio del primo e del secondo aggiudicatario, escludendo qualsiasi altro sistema di scelta").

Due ravvicinati interventi legislativi che - è utile sottolinearlo - fanno seguito di un travaglio giurisprudenziale caratterizzato da esiti contrastanti in ordine all'applicabilità o meno (in caso di offerte di uguale ribasso) dell'esperimento dell'offerta migliorativa ex art. 77 R.D. 23 maggio 1924, n. 827. Per l'applicabilità di detto articolo si era espresso, infatti, il C.g.a. con le decisioni del 8 maggio 2006 n. 182 e 19 marzo 2002, n. 144, nonché il T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, con sentenza 9 maggio 2005, n. n. 733; in senso contrario si era espresso lo stesso T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, con le sentenze 20

gennaio 2005, n. 87 e 14 giugno 2005, n.977.

La clausola in argomento, dunque, introduce un criterio preferenziale, a parità di offerte di uguale ribasso, che non trova alcun riscontro nella legge ed anzi, a fronte della puntuale e ripetuta regolamentazione di livello legislativo (che esclude testualmente “qualsiasi altro sistema di scelta”), si appalesa, sostanzialmente, “contra legem”;

B) Quanto alla impugnata clausola relativa al subappalto di cui al punto 8 lett. r) del disciplinare, anch’essa afferisce a materia puntualmente regolamentata dalla legge nazionale e regionale (possibilità di subappaltare le opere previamente dichiarate, senza altre condizioni o limiti se non quelli quantitativi, o anche qualitativi in caso di opere c.d. superspecialistiche).

Si consideri, peraltro, come l’istituto del subappalto abbia trovato regolamentazione, per fini di ordine pubblico in materia di controlli antimafia, già nell’art. 18 della Legge n. 55/1990 e successivamente in svariati interventi legislativi dalla L. n. 109/1994 all’attuale D.Lgs. n. 163/2006, che nell’art. 118 ne definisce ormai l’intera fisionomia pubblicistica, specificando perfettamente quali conseguenze debbano e possano derivare (sul piano procedurale e sul piano sostanziale) dalla dichiarazione (o meno) dell’impresa di volere avvalersi del subappalto.

A fronte di ciò, illegittima si rivela la clausola di cui al punto 8, lett. r) laddove, disconstandosi sostanzialmente dalla disciplina di legge, prevede che l’impresa partecipante è tenuta ad indicare le ditte di cui intende avvalersi in caso di subappalto, pena il

diniego della relativa autorizzazione al subappalto o nolo e con la ulteriore specificazione che “Nell'ipotesi che sopravvengano cause che impediscano il subappalto con ciascuna delle ditte indicate, ciò sarà causa di risoluzione del contratto, salvo che la ditta aggiudicataria non provveda in proprio senza avvalersi di alcun subappalto”.

Non prive di rilievo pratico e giuridico appaiono, infine, le osservazioni dell'A.N.C.E. sui possibili fuorvianti effetti che deriverebbero dall'applicazione della clausola censurata, avuto riguardo al particolare potere di incidenza che - di fatto - le imprese subappaltatrici verrebbero ad avere sul rapporto contrattuale intercorrente tra appaltatore e stazione appaltante.

5. Vanno certamente condivise ed apprezzate le finalità che ha inteso perseguire la Provincia resistente con le clausole in argomento, ma la sottostante problematica (favorire le imprese oggetto di provvedimenti di sequestro o di natura ablativa, come la confisca, collegati alla lotta contro la criminalità organizzata, ovvero limitare possibili usi impropri o illeciti del subappalto) avrebbe richiesto, ad avviso del Collegio, un intervento di rango legislativo.

6. Ferma dunque la facoltà della P.A. di inserire nei bandi di gara clausole ulteriori rispetto a quelle direttamente poste dalla legge e dai regolamenti (purché rispondenti a criteri di logicità e ad interessi di natura pubblicistica), debbono, tuttavia, ritenersi illegittime quelle che comportino - come nella fattispecie - deroghe a regole e principi chiaramente posti dal legislatore nell'interesse della “par condicio” dei concorrenti, specie

laddove le norme di legge abbiano una loro peculiare “ratio” ed una loro specifica completezza, e che finiscono per essere sostanzialmente obliterate dalle ulteriori difformi regole poste in sede amministrativa.

In conclusione, dato atto preliminarmente che l’impugnata clausola relativa alla durata trimestrale del DURC è stata rimossa dalla Provincia resistente con det.ne dirig.le n. 142 del 15.10.2007, le restanti clausole oggetto di censura si appalesano illegittime ed il ricorso, con i connessi motivi aggiunti, dev'essere accolto con la conseguente statuizione di annullamento, per quanto di ragione, degli atti impugnati.

Sussistono giusti motivi, in relazione agli specifici profili della controversia, per compensare tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla, per quanto di ragione, i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 5 dicembre 2007, con l'intervento dei sigg. magistrati:

- Calogero Ferlisi, Presidente f.f., estensore,
- Nicola Maisano, Primo Referendario,
- Mara Bertagnolli, Referendario.

_____Presidente

_____Estensore

_____Segretario

Depositata in Segreteria il__28 dicembre 2007__

Il Direttore della Sezione